

資 料

ドイツ物権法・条文訳 (1) - 抵当権 1

ドイツ物権法翻訳プロジェクト 田村耕一・堀田親臣編⁽¹⁾

<はじめに>

ドイツ民法典 (以下、BGB とする) 財産法の翻訳については、神戸大学外国法研究会による『独逸民法 (復刊版)』 (有斐閣、1955 年) とドイツ財産法研究会による『ドイツ債権法総論』 (日本評論社、1988 年)、『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』 (三省堂、1990 年)、『注釈ドイツ契約法』 (三省堂、1995 年) 等がある。また、BGB は 2002 年に債務法を中心に現代法化され、わが国でも個別の条文については多くの紹介がある。しかし、物権編については、全体的・包括的にまとめたものは少ないというのが現状であろう (例えば、抵当権の効力の及ぶ目的 (物) の範囲についての規定 (賃料債権や保険金請求権に関する明文規定がある) を条文毎に全体として把握・解説するようなものは多くない)。そこで、私たちは、物権編の現代語訳と簡易な解説を作成するプロジェクトを立ち上げることにした。

なお、本プロジェクトに関しては、以下の点をご了解願いたい。

- 1 条文の翻訳は可能な限り原意を尊重する。また、訳語は将来的なとりまとめ時に変更される可能性もある。

(1) 本資料は、広島民事法研究会の会員を中心に、原則月 1 回のペースで開催された研究会での議論・検討を基に、その中間的な成果を公表するものである (研究会では、この翻訳作業をドイツ物権法翻訳プロジェクトと称することとした (以下、本プロジェクトと略す))。なお、広島法学にて、この成果を公表させていただくにあたり、編集上の都合等も考慮して、本プロジェクトの提案者である田村耕一、堀田親臣 (共に広島大学) を本資料掲載にあたっての編集責任者の意味でここに挙げた (このような趣旨であることをご了解願いたい。また、各条文の邦文訳及び解説の第 1 次的な担当者は、本文各条の末尾に括弧書きで示すこととした)。

2 掲載は、紙面の都合上各回5～10条程度とし、各条文の邦文訳で注意が必要な点は適宜指摘する(共通する事項については本文末尾にまとめて掲載することもある)。

3 研究者及び大学院生の関心から担保物権を先行させる(所有権等はドイツでの公法における対応等を研究する必要もあり後回しとする)。

4 まずは、条文自体が何を定めているかの理解を中心とし、解説は簡易なものとする。なお、Othmar Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck C. H.; 15. Auflage. 及び Reiner Schulze, Heinrich Doerner, Ina Ebert, Thomas Hoeren, Rainer Kemper, Ingo Saenger, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, Nomos Verlagsges. MbH + Co; 8. Auflage. を解説に際しての参照の基礎とする。

(田村耕一・堀田親臣)

Buch 3 Sachenrecht, Abschnitt 7 Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Titel 1 Hypothek

(第3編 物権, 第7章 抵当権, 土地債務, 定期土地債務, 第1節 抵当権)

§ 1113 Gesetzlicher Inhalt der Hypothek

(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek).

(2) Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden.

[第1113条: 抵当権の内容]

(1) 土地には、負担(抵当権)を設定することができる。抵当権とは、その設定を受けた者に帰属する債権の弁済⁽²⁾のために、土地から一定の金額の支払いを受ける権利をいう。

(2) 抵当権は、将来又は条件付き債権のためにも設定することができる。

(1) 概説

抵当権は、ドイツでは、(物的)換価権(Verwertungsrecht)といわれている。BGB1113条は、そのような抵当権の内容について定める。抵当権は、金銭債

権の物的担保として用いられ、条文上明らかなように、債権者（抵当権者）は、その担保する債権のために、土地からの（債権の）満足（Befriedigung）、つまり一定金額の支払いを受けることができる。その方法については、BGB1147 条が定めるように、強制執行の方法による（この詳細については、BGB1147 条参照）。

（２）抵当権の性質・種類

① 抵当権の法的性質で重要であるのは、「付従性のある（akzessorisch）」物的換価権であるということである。抵当権については、強い付従性があると考えられており、その発生・存続及び実行可能性は、原則として、被担保債権に依存するものと考えられている。一般に、このような付従性の点で、ドイツで広く用いられている土地債務（Grundschild、BGB1191 条以下参照）と区別される。

② 抵当権の種類 ドイツの抵当権は、一般に、まず次の２つに区別されるといわれる。つまり、流通抵当（Verkehrshypothek）と保全抵当（Sicherungshypothek）である。ドイツでの抵当権の原則は流通抵当であり、保全抵当はその例外をなすものである（BGB1184 条以下で保全抵当について特別な定めを置く）。

（３）抵当権の取得（詳細については BGB1115 条以下参照）

通常、抵当権は、法律行為によって設定される。土地への物権の設定等に関しては BGB873 条以下に一般的な規定が置かれており、BGB873 条は、不

（２） Befriedigung（befriedigen すること）という語は、他の条文でも、しばしば用いられる語である。

小学館の『独和大辞典〔第２版〕コンパクト版』（２０００年）でも、befriedeigen でまず最初に出てくるのは「満たす，満足させる，充足する」であり、神戸大学外国法研究会の『独逸民法〔Ⅲ〕物権法（復刊版）』（有斐閣、１９５５年）２８２頁での本条の【註】でも、「（一）意義及び内容」で債権満足（債権の満足）という語が複数回出てくる。以上のことから、語本来の意味としては、（債権の）満足ということになるだろうが、条文訳案として、ここでは弁済という語をあてることとした（他の条文で同じ語が用いられる際の訳出にあたっては、その条文内容との関係に注意が必要となることもある）。

動産物権の取得につき、(権利変動に関する権利者とその相手方との) 合意(物権的合意)と(当該権利変動の土地登記簿への)登記を要求することから、抵当権の取得(設定)についても、その両者が必要となる(なお、成立要件としての登記に関しては、BGB1115条に注意)。また、前述した抵当権の付従性との関係から、被担保債権が債権者(抵当権者)に帰属することも必要となる(なお、その一方で、周知の通り、債務者が土地の所有者と同一である必要はない)。さらに、流通抵当のうち、証券抵当(Briefhypothek、BGB1116条)に関しては、債権者による抵当権の取得との関係で、抵当証券の引渡しが要件とされる(詳細はBGB1117条照。その一方で、登記簿抵当(Buchhypothek、BGB1116条)に関しては、証券交付の禁止の合意とその登記が必要となる(BGB1117条2項))。

この他、被担保債権の譲渡による抵当権の取得については、BGB1153条、1154条に定めがある(詳細は両条参照)。(堀田親臣)

§ 1114 Belastung eines Bruchteils

Ein Bruchteil eines Grundstücks kann außer in den in § 3 Abs. 6 der Grundbuchordnung bezeichneten Fällen mit einer Hypothek nur belastet werden, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht.

[第1114条：持分への負担の設定]

土地の持分には、土地登記法第3条第6項に掲げる場合を除き、それが共有者の持分であるときにのみ、抵当権を設定することができる。

本条は、土地の共有持分(共有者の共有持分(Bruchteil⁽³⁾)、共有についてはBGB1008条以下参照)への抵当権の設定を認めるものである(合有の持分(der Anteil an einer Gesamthandsgemeinschaft)には本条の適用はないと解さ

(3) BruchteilとAnteilの相違。ドイツでは、Bruchteilは、わが国でいうところの「(狭義の)共有(Miteigentum, Bruchteilseigentum等)」と関係の深い「持分」で、Anteilは、いわゆる「合有(Eigentum zur gesamten Hand, Gesamthandseigentum等)」との関係でも「持分」を指す語として用いられる。

れている)。区分所有権 (Wohnungseigentum、区分所有権については WEG が定める) も、本条の共有持分にあたると解されている。(堀田親臣)

§ 1115 Eintragung der Hypothek

(1) Bei der Eintragung der Hypothek müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz, wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, ihr Geldbetrag im Grundbuch angegeben werden; im Übrigen kann zur Bezeichnung der Forderung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

(2) Bei der Eintragung der Hypothek für ein Darlehen einer Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Behörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der außer den Zinsen satzungsgemäß zu entrichtenden Nebenleistungen die Bezugnahme auf die Satzung.

[第 1115 条：抵当権の登記]

(1) 抵当権を登記する際には、債権者、債権の金額、及び、その債権に利息が付いているときにはその利率、他の付随的給付を支払う必要があるときにはその金額を土地登記簿に記載しなければならない；この他、債権を表示するために、登記承諾書を引用することができる。

(2) その定款が管轄官庁によって公示されている金融機関の消費貸借のために抵当権を登記する際には、利息以外の定款に従って支払われるべき付随的給付を表示するために、定款を引用することで足りる。

土地への物権の設定等に関しては、BGB873 条以下に一般的な規定が置かれている。抵当権の設定にあたっては、本条との関係で、次のことが重要となる。

まず、土地への抵当権の設定にあたっても、BGB873 条 1 項⁽⁴⁾により、抵当権設定の合意とその登記が必要となる。そして、通常であれば、BGB874 条⁽⁵⁾が定めることとの関係上、その登記に際し、抵当権の内容を表示するた

(4) BGB873 条 1 項は、土地の所有権の移転や土地への権利の設定等のために、法律が異なる定めをしていない限り、「権利の変動が生じることに関する権利者とその相手方の合意、及び土地登記簿への権利変動の登記」が必要である旨定める。

めに、登記承諾書を引用することができる。しかし、BGB874 条自体が予定するように、登記承諾書の引用は制限されることがあり、BGB1115 条は、そのような引用可能性を制限する規定と位置づけられる。

以上述べたこと、さらには BGB1115 条の文言から明らかなように、抵当権の登記の際には、債権者及びその債権の金額（負担の最高額）がまず登記されねばならない。また、被担保債権が利息付きの場合にはその利率、さらにはその他の付随的給付がある場合にはその金額が、登記されなければならない（これらの事項については、登記承諾書の引用が制限される）。他方で、BGB1115 条は、これら以外の債権の表示に限って、登記承諾書の引用を認めている。

（堀田親臣）

§ 1116 Brief- und Buchhypothek

(1) Über die Hypothek wird ein Hypothekenbrief erteilt.

(2) Die Erteilung des Briefes kann ausgeschlossen werden. Die Ausschließung kann auch nachträglich erfolgen. Zu der Ausschließung ist die Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich; die Vorschriften des § 873 Abs. 2 und der § § 876, 878 finden entsprechende Anwendung.

(3) Die Ausschließung der Erteilung des Briefes kann aufgehoben werden; die Aufhebung erfolgt in gleicher Weise wie die Ausschließung.

[第 1116 条：証券抵当及び登記簿抵当]

(1) 抵当権については、抵当証券を交付する。

(2) 証券の交付は、禁止することができる。禁止は、事後的にも行うことができる。禁止をするためには、債権者と所有者との合意及び土地登記簿への登記が必要である；この場合には、第 873 条第 2 項、第 876 条及び第 878 条の規定を準用する。

(3) 証券の交付の禁止は、廃止することができる。廃止は、禁止と同じ方法で行う。

(5) BGB874 条は、「土地に設定された権利を登記する際には、法律が異なる定めをしていない限り、その権利の内容を詳細に表示するために、登記承諾書を引用することができる」と定める。

(1) 概説

本条により、抵当権については、抵当証券の交付が予定されている（第1項）。第2項により、抵当証券の交付を禁止することは可能であるが、そのためには交付の禁止の合意とその登記が必要となる。以上のことから、ドイツでの抵当権（流通抵当）は、通常、証券抵当である（なお、登記簿抵当としての流通抵当は、証券交付の禁止の合意がされ、その登記がなされたときにのみ生じる（登記承諾書の引用では足りないとされる））。

(2) 証券抵当における（抵当）証券の意義

抵当証券の所有権の帰属については、BGB952 条 2 項に明文規定があり、それによると、債権者（抵当権者）に帰属する。

証券抵当において、抵当証券は、以下に示すように、種々の意義を有す。

- ① 抵当権の取得（BGB1117 条、1163 条 2 項参照（証券の引渡しが取得の要件とされる））
- ② 抵当権の移転（BGB1154 条参照（被担保債権の譲渡による抵当権の移転（BGB1153 条）との関係で証券の引渡しが要件とされる））
- ③ 権利用益権、権利質の設定（BGB1069 条、1274 条参照（抵当権の場合、BGB1153 条以下（上記②）の規定に従う旨定める））
- ④ 差押え（ZPO830 条参照（抵当権の被担保債権を差し押さえるために抵当証券の引渡しを求める））
- ⑤ 抵当権の実行（BGB1160 条参照（抵当権の実行との関係で、抵当証券の提示がないときに、異議を述べることができる旨定める））
- ⑥ 所有者と債務者が同一人である場合の債権の実行（BGB1161 条参照（BGB1160 条の準用を指示））

ところで、不動産に関する物権については、BGB892 条以下に、登記の公信力に関する規定が置かれている。したがって、抵当権についても、その登記に公信力が認められるはずである。ただし、証券抵当については、抵当証券と登記簿との関係に関する規定が置れており、両者がその内容において一

致しない一定の場合に、前述の **BGB892 条**、**893 条** の援用が制限されることが定められている（詳細については、**BGB1140 条** 参照。その限りで抵当証券が登記簿の公信力を破ることとなる）。

（3）証券交付の禁止（登記簿抵当としての流通抵当）

前述したように、証券交付の禁止の合意とその登記がなされたときにのみ、登記簿抵当としての流通抵当が生じるわけであるが、第2項からも明らかなように、禁止の合意は事後的になすことも可能とされる。したがって、証券抵当として抵当権が設定・成立した後に、事後的な禁止の合意とその登記をなすことによって、証券抵当を登記簿抵当にすることも可能である（逆に、登記簿抵当を証券抵当とすることも可能で、それについては、第3項が定める）。ここで、事後的な証券交付の禁止がなされた場合に、すでに交付されている抵当証券の取り扱いが問題となるが、それは法律上効力をしないものとなる⁽⁶⁾。

なお、保全抵当 (**BGB1184 条** 以下) には、**BGB1116 条** の適用はない (**BGB1185 条** は保全抵当の際に抵当証券の交付を禁じている)。(堀田親臣)

§ 1117 Erwerb der Briefhypothek

(1) Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird. Auf die Übergabe finden die Vorschriften des § 929 Satz 2 und der §§ 930, 931 Anwendung.

(2) Die Übergabe des Briefes kann durch die Vereinbarung ersetzt werden, dass der Gläubiger

(6) 証券抵当と登記簿抵当のいずれになるかは、前述したとおり、債権者と所有者との間で証券交付の禁止の合意をするか否かにかかっている。また、登記簿抵当にするには、禁止の合意だけでなく、その登記のなされることが必要であり、合意と登記の内容が一致していれば、特に問題は生じない。ここで、その不一致がある場合に、その取り扱いが問題となる（例えば、「設定者間の合意＝証券抵当、登記簿の記載＝証券交付の禁止」という場合の取り扱い等が問題となる（この例では、成立するのは証券抵当となる（登記簿の記載が誤っている。ただし、厳密には、**BGB1163 条** 2 項、**1177 条** により、所有者土地債務となる））。

berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen.

(3) Ist der Gläubiger im Besitz des Briefes, so wird vermutet, dass die Übergabe erfolgt sei.

[第 1117 条：証券抵当権の取得]

(1) 債権者は、抵当証券の交付が禁止されていない限り、土地の所有者から証券の引渡しを受けたときに、はじめて抵当権を取得する。引渡しには、第 929 条第 2 文、第 930 条及び第 931 条の規定を適用する。

(2) 証券の引渡しは、債権者が土地登記所から証券の交付を受ける権限を有することとする合意によって代えることができる。

(3) 債権者が証券を占有するときには、引渡しが行われたものと推定する。

(1) 概説

ドイツでは、所有者土地担保権（所有者抵当、所有者土地債務）が認められることから、（他主抵当としての）証券抵当を取得するためには、抵当権設定の合意とその登記は当然のこととして、さらに被担保債権が存在すると共に、抵当証券の引渡しが必要となる（関連：本条の他、BGB1163 条、1177 条）。このうち、本条は、証券抵当の取得につき、抵当証券の引渡しによる取得を定める（第 1 項）⁽⁷⁾。

このように、本条が所有者から債権者への抵当証券の引渡しを証券抵当の取得のために求めているのは、所有者の保護のためである⁽⁸⁾。

(2) 証券の引渡しとその代替手段

第 1 項は、証券抵当の場合に、その証券の引渡しにより、はじめて債権者が抵当権を取得することを定める。ここで、本条の引渡しに何が含まれるかが問題となる。法が通常予定しているのは、有体的引渡し（körperliche

(7) なお、抵当証券の交付については、GBO（土地登記法）60 条 1 項により、登記所は抵当権設定登記と同時に抵当証券を作成し、抵当証券を所有者に交付するということが原則とされる（石川清「ドイツ土地登記法 30 講（24）」登記研究 719 号（2008 年）77 頁以下、特に 94 頁による）。したがって、債権者（抵当権者）が証券抵当権を取得するのは、所有者が交付を受けた証券を債権者に引渡した時が原則となる。

Uebergabe、おそらく現実の引渡し）とされるが、明文をもって BGB929 条 2 文、930 条、931 条の適用が指示されていることから、簡易の引渡し、占有改定等それらの条文による場合も含まれる。

他方で、実際の取引で重要であるのは、第 2 項である。第 2 項は、「債権者が登記所から直接証券を受領することができるとする当事者間の合意」⁽⁹⁾を「証券の引渡し」に代えることができるとする。担保取引の実務では、このような交付引渡しの取り決め（Aushändigungsabrede）が一般に行われていることである。したがって、実務上は、被担保債権が存在し、抵当権設定の合意と前述した交付引渡しの合意があるときには、債権者は、登記がなされることによって、証券抵当を取得することになる。

（3）証券の引渡しについての推定

第 3 項は、証券の引渡しについての推定規定である。（堀田親臣）

§ 1118 Haftung für Nebenforderungen

Kraft der Hypothek haftet das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung sowie für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung.

（8） なお、ドイツの抵当制度（土地債務を含む）では、これまでも述べたように（関連しては前注（6）も参照）、所有者が債権者に抵当証券の交付をしていない間は、所有者の所有者土地債務が認められる。ここで、BGB1117 条が、証券の引渡しによる抵当権の取得を定めることから、所有者が登記所から証券の交付を受け、それを債権者に引渡すまでの間の債権者の保護にも配慮する必要がある（というのが、所有者が土地債務の処分をすることも否定できないので）。ここで、ドイツにおける物権行為の独自性・無因性との関係から、抵当権設定に関する物権的合意と債権的合意は区別される。Jauernig によると、この抵当権の取得に向けられる債権的請求権（der Anspruch auf Verschaffung der Hypothek）に証券の引渡請求が含まれ、この請求権を仮登記することによって債権者の保護が図られるとのことである（但し、実務では、本条 2 項によることが一般的とされることにも注意）。

（9） この表現について、ここでは、石川・前掲（前注（7））94 頁を参考とした。

[第 1118 条：付随的な債権に対する担保責任]

抵当権の効力によって、土地は、債権の法定利息並びに告知及び土地からの弁済⁽¹⁰⁾を目的とする権利行使の費用についても、担保の責任を負う。

BGB1118 条によって、債権の法定利息 (BGB288 条 1 項、291 条) には、土地所有者と被担保債権の債務者 (persönlicher Schuldner; 人的債務者) が同一でない場合、即ち物上保証人には被担保債権の法定利息を支払う義務がないとしても、抵当権の効力が及ぶことになる。

所有者に対する告知の費用については、BGB1141 条を参照。

権利行使の費用は、土地からの被担保債権の回収に関して向けられ、かつ、それを目的としたもの (ZPO91 条 1 項 1 文に該当) のみが該当する。「弁済を目的とする」とは、所有者に対する物的訴え (dingliche Klage) が強制執行 (BGB1147 条参照) のとき、さらに BGB1133 条 (抵当権の担保力に対する危険) による行動のときを意味する。これに対して、人的訴え (persönliche Klage) は該当しない (設定者と債務者が同一であっても; RG 90,172)。さらに、BGB1134 条 (不作為の訴え) による行動も該当しない (RG 72,332ff)。合意による付随的債権については、BGB1115 条を参照。 (田村耕一)

§ 1119 Erweiterung der Haftung für Zinsen

(1) Ist die Forderung unverzinslich oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, dass das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet.

(2) Zu einer Änderung der Zahlungszeit und des Zahlungsorts ist die Zustimmung dieser Berechtigten gleichfalls nicht erforderlich.

[第 1119 条：利息に対する担保責任の拡張]

(1) 抵当権は、債権が無利息のとき又は利率が 5 分以下のときは、同順位又は後順位の

(10) Befriedigung については、前注 (2) を参照のこと。

権限者の同意なしに、土地が5分に至るまでの利息に対して担保の責任を負うところまで、及ぼすことができる。

(2) 支払時期及び支払場所の変更のために、これらの権限者の同意は、同様に必要ではない。

BGB1119 条は、次の原則の例外を定める条文である。

まず、原則としては、抵当権の効力を付随的な給付にも拡張すること、あるいは利息と支払条件（例えば分割払いに関する条項）を変更することは、BGB877 条（権利の変更）に該当し、物権的合意（Einigung）と登記（Eintragung）が必要な内容の変更である。同順位あるいは後順位の抵当権者がいるときは、同順位及び後順位の抵当権者の同意が必要となる（RG 132,110）。この同意を欠くときは、担保の責任が拡張された抵当権の順位は、同順位及び後順位の権限者に劣後する。

以上の例外を定めるのが BGB1119 条である。同順位あるいは後順位の抵当権者の同意は、被担保債権の利息が5%に達するまでの変更（それを超える場合は必要；BGH NJW 86, 315）、及び、支払時期と支払場所の変更（BGB269 条以下参照）の場合には必要ない。（田村耕一）

§ 1120 Erstreckung auf Erzeugnisse, Bestandteile und Zubehör

Die Hypothek erstreckt sich auf die von dem Grundstück getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, soweit sie nicht mit der Trennung nach den §§ 954 bis 957 in das Eigentum eines anderen als des Eigentümers oder des Eigenbesitzers des Grundstücks gelangt sind, sowie auf das Zubehör des Grundstücks mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstücks gelangt sind.

[第 1120 条：産出物、構成部分及び従物への効力]

抵当権は、土地から分離した産出物及びその他の構成部分につき、第 954 条ないし第 957 条により分離と共にその所有権が土地の所有者又は自主占有者以外の者に帰属していない限り、及び、土地の従物につき、その所有権が土地の所有者に帰属していない従物部分の例外と共に、及ぶ。

(1) 意義

BGB1120 条から 1122 条により、産出物 (BGB94, 98 条)、非本質的構成部分及び従物 (BGB97 条) は、土地と経済的な一体性があるため、抵当権によって把握される。その他の対象 (賃料債権・保険金請求権) については、BGB1123 条から 1131 条に規定される。

抵当債権者 (Hypothekengläubiger) のために、経済的な統一体としての土地 (建物も含む) が担保することになる。担保の拡張により、抵当債権者は、本質的構成部分 (BGB93, 94 条) と共に土地だけでなく、土地と共に経済的に一体となっている総ての物と権利を把握する。さらに、土地から分離された生産物、構成部分及び土地の従物並びに土地所有者に帰属する一定の債権も含まれる (BGB1123 条 1 項、1127 条 1 項、1128 条)。この担保の拡張によって、担保の価値は増加する。これは、抵当債権者のみでなく、価値のある担保を提供できるという土地所有者 (設定者) の利益にも役に立つ。

なお、BGB954 条から 957 条は、他人の物の上に存する産出物その他の構成部分を取得する権利を有する者は、分離と共に所有権を取得し (954 条)、自主占有の場合 (955 条)、他者に収取を許容した場合 (956 条)、許容した者に権限がなかった場合 (957 条) も、同様と定める。

(2) 産出物及び非本質的構成部分

(条文上は不明確だが) 厳密には、分離する前に生じた物に抵当権の効力が及ぶことは自明であるが、分離した後であっても (BGB1120 条!)、所有者又は土地の自主占有者に帰属する限り抵当権の効力が及ぶ (BGB956 条の用益賃借人又は 954 条の用益権者のときは異なるが、例えば所有者によるリンゴの収穫)。抵当権が物の分離の後に生じたときは、分離された対象物を把握することはない。分離とは、建物又は地面からの切離し (Loslösung) である (例えば、刈り入れ)。

もともと、産出物及び非本質的構成部分が抵当権の目的物になるとしても、差し当たっては潜在的 (potentielle) であるに過ぎず、次の BGB1121 条以下

で述べる差押え（*Beschlagnahme*）⁽¹¹⁾によって現実化（*realisiert*）される。このことは次の2つのことを意味する。

第1に、（土地ではない）付着した物は、差押えの前に、特に譲渡によって、法律上は免責（*haftfrei*）することができる。抵当権との関係で産出物等が譲渡禁止になっていないときは、所有者（設定者）は、土地及び付着した物を利用することができる（例えば、収穫物の譲渡や古くなった機械の交換）。

第2に、産出物及び非本質的構成部分に対する第三者による差押え（*Pfändung*）は、確かに可能である（ZPO865条2項2文）。しかし、抵当債権者はZPO805条（優先弁済の訴え）の規定による訴えを提起することができる。

（3）従物

土地所有者（設定者）の所有する従物（BGB97条以下）は、抵当権の目的物となる（BGB1120条）。さらに、土地所有者が従物部分を所有権留保特約付で購入したときは、土地所有者が期待権を有する他者所有の従物であっても担保の対象となる（BGHZ 92,289）。従物への担保は、BGB1121条1項、1122条2項及び一般規定（BGB136条、135条2項、932条）により、消滅する。

なお、付着した従物に対する差押えは、認められない（ZPO865条2項1文）。これは無効ではなく取消しとなる（ZPO766条（強制執行の種類と方法に対する異議）によって強制執行を受けた債務者、強制管理人、抵当債権者は異議申立が可能。抵当債権者についてはBGH WM 87,76が、それ以外は、ZPO810条2項（2項はZPO771条の第三者異議を認める）により認められる）。

また、土地所有者に属さない従物には、担保（BGB1120条）と差押（ZVG 20条2項）が及ばないとしても、強制競売（*Zwangsversteigerung*）における落札（*Zuschlag*）によって、競落人（*Ersteher*）が取得する（ZVG90条2項、55条2項）。

（田村耕一）

(11) *Beschlag*, *Beschlagnahme* は、証拠物や没収対象物の押収、差押を意味し *Pfändung* の意味もある。

§ 1121 Enthftung durch Veräußerung und Entfernung

(1) Erzeugnisse und sonstige Bestandteile des Grundstücks sowie Zubehörstücke werden von der Haftung frei, wenn sie veräußert und von dem Grundstück entfernt werden, bevor sie zugunsten des Gläubigers in Beschlag genommen worden sind.

(2) Erfolgt die Veräußerung vor der Entfernung, so kann sich der Erwerber dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, dass er in Ansehung der Hypothek in gutem Glauben gewesen sei. Entfernt der Erwerber die Sache von dem Grundstück, so ist eine vor der Entfernung erfolgte Beschlagnahme ihm gegenüber nur wirksam, wenn er bei der Entfernung in Ansehung der Beschlagnahme nicht in gutem Glauben ist.

[第 1121 条：譲渡及び搬出による免責]

(1) 土地の産出物及びその他の構成部分並びに従物は、債権者の利益のための差押えを受ける前に譲渡されかつ土地から搬出されたときは、担保の責任を免れる。

(2) 前項の譲渡が搬出の前に生じたときは、譲受人は、債権者に対し、自らが抵当権について善意であったことを主張することができない。譲受人がその物を土地から搬出したときは、搬出の前に生じた差押えは、譲受人に対して、譲受人が搬出の際に差押えにつき善意でなかったときに限り、効力を有する。

(1) 意義

所有者（設定者）は所有物につき処分の自由を有し、また、経済活動の自由は不必要に制限されてはならない(BGB1136 条も参照)。そこで、BGB では、差押えの時期を基準として、差押え前の搬出につき第 1 項が、差押え後の搬出につき第 2 項が、規定されている。BGB1121 条は、結局は、担保の消滅には搬出が必要であり、第 1 項は差押前に既に譲渡も搬出も終わっている場合を規定し、第 2 項は差押後の搬出では、譲受人が譲渡時ではなく搬出時に善意であることを要求する条文である。なお、通常の経済活動ではない搬出については BGB1135 条を参照。

BGB1121, 1122 条における差押え（Beschlagnahme）には、次の 3 つの種類がある。

① ZPO867 条 3 項の場合を除いて、物的権原（Titel）に基づく強制管理

(Zwangsverwaltung) の指定 (Anordnung) 又は、かつ強制競売 (Zwangsversteigerung ; ZVG20 条、146 条、ZPO866 条2項)。これらの範囲は ZVG21 条、148 条1項を参照。その効果は、経営及び参加する債権者の利益のための譲渡禁止である (ZVG23 条1項1文、27 条2項、146 条1項、151 条2項)。

②差押え (Pfändung) は、上記①の差押え (Beschlagnahme) より前に、かつ、付着した従物に対してではない (ZPO865 条2項1文) 差押えであること。

③抵当債権者が物的権利を保全 (Sicherung) するために申し立てた仮処分 (einstweilige Verfügung ; ZPO935、938 条 ; RG 92,19f 参照) に基づく強制管理の手続き (Einleitung)。

譲渡とは、土地の譲渡と同時にない所有権移転の合意 (Eigentumsübertragung) である。

搬出とは、土地から永続的に運び去る (Fortschaffung) ことであり、譲渡と関連して生じる必要がある (多数説 ; RG 144, 155 参照)。BGB930 条 (占有改定) によって譲渡する際は、搬出には該当しない (BGH NJW 79,2514 ; 譲渡担保につき BGHZ 60,268)。

(2) 第1項 ; 「譲渡 - 搬出 - 差押え」又は「搬出 - 譲渡 - 差押え」

産出物等が差押えの「前」に譲渡され、かつ、搬出されたときは、産出物等の担保は当然に消滅する (BGB936 条に対する特別規定)。搬出が譲渡と関連している必要があるかについては、順番が「譲渡 - 搬出 - 差押え」の場合のみ、実務上の意義を有する (偶然の搬出でも該当するか否か)。

(3) 第2項 ; 「譲渡 - 差押え - 搬出」又は「差押え - 譲渡 - 搬出」

産出物等が譲渡され差し押さえられた「後」に搬出されたときは、まず、担保は、搬出された物の譲受人が取得の際に抵当権につき善意であったという理由では直ちに消滅しない (BGB1121 条2項1文)。BGB936 条 (善意取得) は適用されない。

次に、担保は、搬出された物の譲受人が、搬出の際に差押えについて悪意

でない限り、差し押さえられた物を土地から搬出したときに消滅する (BGB1121 条 2 項 2 文)。悪意は取得を妨げる (BGB932 条参照)。譲受人は、差し押え及び搬出した物への担保の拡張 (Haftungsverband) を知っているか、又は、重大な過失で知らなかったときは、悪意である (BGB932 条 2 項参照)。執行申立 (Vollstreckungsantrags) を知っていることは、法により悪意とされる (ZVG23 条 2 項 1 文、146 条 1 項)。執行付記 (Vollstreckungsvermerks) についても同様である (ZVG23 条 2 項 2 文、146 条 1 項)。

(4) 「差し押え－搬出－譲渡」又は「搬出－差し押え－譲渡」

上記 (3) と同様に一定の状況において産出物等の担保が消滅する場合として、譲渡が後に生じた場合がある。この場合は特別規定がないため一般規定による (BGB136 条、135 条 2 項、932 条以下；個別には多くの争いあり)。悪意性 (BGB932 条 2 項参照) は差し押えに関してである (争いあり)。ZVG23 条 2 項、146 条 1 項は、ここでも該当する。 (田村耕一)

§ 1122 Enthftung ohne Veräußerung

(1) Sind die Erzeugnisse oder Bestandteile innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft von dem Grundstück getrennt worden, so erlischt ihre Haftung auch ohne Veräußerung, wenn sie vor der Beschlagnahme von dem Grundstück entfernt werden, es sei denn, dass die Entfernung zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt.

(2) Zubehörstücke werden ohne Veräußerung von der Haftung frei, wenn die Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor der Beschlagnahme aufgehoben wird.

[第 1122 条：譲渡なしの免責]

(1) 産出物又は構成部分が通常の営業⁽¹²⁾の範囲内で土地から分離された場合において、その物が差し押えの前に土地から搬出されたときは、搬出が一時的な目的のためになされた場合を除き、譲渡なしであっても、その物の担保の責任は消失する。

(2) 従物は、従物性が通常の営業の範囲内で差し押前に廃止されたときは、譲渡なしで担保の責任から免れる。

第1項は、構成部分又は通常の営業において土地から刈り取られる産出物が差押えの「前」に土地から永続的に取り除かれたが、譲渡されていないときも担保は消滅すると定める(BGB1121条2項の拡張は譲渡がないときを規定しない)。例えば、穀物が、後にそこから出して譲渡するために公共のサイロへ貯蔵されたときである。

第2項は、従物につき、第1項と同様に、譲渡(及び搬出)なしに通常の営業において従物性の廃止による担保の消滅を定める(例えば、老朽化した機械を選択して捨てる)。終局的な工場閉鎖(Betriebsstilllegung)は、確かに従物性を廃するが、通常の営業に該当しない。この場合、担保はBGB1122条2項によっては終了しない(BGH NJW 96, 836)。(田村耕一)

【注意点】

- ・土地と訳した Grundstück は、建物をその同体的(本質的)構成部分(wesentliche Bestandteile)とする。BGB は、その90条以下で、物(Sache)について定める。Grundstück に関しては、BGB94条に規定があり、そこでは、建物(Gebäude)が土地の同体的構成部分となることが明文をもって定められている。
- ・負担を設定すると訳した belasten は、抵当権のような担保権だけでなく、地役権等の権利を設定する際にも用いられることからこのような表現とした。
- ・haften、Haftung については、内容を考慮して「担保の責任」とした。
- ・条文及びコンメンタールでは、単に抵当権者ではなく抵当債権者、設定者ではなく所有者という語が用いられている。この点につき、積極的に債権と物権を峻別することの帰結か否か現時点では定かではないため、差し当たり原語どおりの表現とする。

(12) 原語の Wirtschaft は経済という意味であるが、わが国の集合動産譲渡担保に関する判例のフレーズと合わせて営業とした。